

## O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA

ANA CRISTINA RIBEIRO BONCHRISTIANO

Advogada — SP

O desenvolvimento da teoria do crime vem separando e diferenciando do conceito original de culpabilidade uma série de categorias que vão esvaziando aquela noção e relegando-a a uma função residual.

O tratamento doutrinal da idéia de culpabilidade tem conduzido a uma diversidade de significados desta palavra.

Na doutrina jurídico-penal atual se utiliza um sentido amplo e um sentido restrito.

a) **Sentido amplo:** a culpabilidade chega a identificar-se com a gravidade do delito imputável ao seu autor. Este sentido se emprega quando se alude à culpabilidade como base de fixação da pena segundo a gravidade do fato. Ex.: artigo 59 do Código Penal que estabelece que a culpabilidade do autor é fundamento para a fixação da pena. Também se utiliza este sentido quando se pretende ou se nega que a pena tenha de retribuir ou compensar a culpabilidade do sujeito.

b) **Sentido restrito:** o termo culpabilidade se contrapõe à antijuridicidade. Primeiramente (Século XIX), houve uma concepção psicológica da culpabilidade: a culpabilidade esgotava-se em suas espécies, dolo e culpa, e consistia na relação psíquica entre o autor e o resultado, tendo por fundamento a teoria causal ou naturalística da ação. Posteriormente, surgiu uma nova doutrina de culpabilidade: a concepção psicológico-normativa, onde o dolo e a culpa deixaram de ser considerados espécies da culpabilidade, passando a elementos. A culpabilidade continha o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade e a culpa como fatores normativos. Mas a incapacidade dessa concepção para explicar a existência de causas que excluem a culpabilidade ainda que subsista o dolo, motivou uma nova doutrina de culpabilidade: a concepção normativa, em que da relação psíquica entre o autor e o resultado passou-se à reprovabilidade. Pelo finalismo a culpabilidade deixou de ser a parte subjetiva do delito e se consolidou como juízo de reprovação por haver o sujeito atuado antijuridicamente quando podia ter agido de outro modo. Os pressupostos da culpabilidade se reduziram à imputabilidade, à possibilidade de conhecimento do ilícito e exigibilidade de conduta diversa.

Dessa forma se produziu uma progressiva restrição do sentido em que se usa o termo culpabilidade na teoria do crime.

O Estado democrático de direito deve partir do respeito de uma série de garantias do indivíduo, que se tornam pressupostos para a possibilidade de considerar-se alguém como culpável.

Antes de tudo, deve se ter em conta a dignidade humana: somente quando a pena se impõe a alguém por algo que pode considerar-se obra sua enquanto ser racional, se respeita a dignidade humana. O Estado democrático de direito tem que oferecer ao indivíduo a possibilidade de evitar a pena comportando-se conforme o direito.

Demais exigências aceitas para considerar-se alguém como culpável:

a) o princípio da personalidade da pena. Impede castigar alguém por um fato alheio. Não se admite a responsabilidade coletiva;

b) o princípio da responsabilidade pelo fato. Exige um direito penal do fato e se opõe à possibilidade de castigar o caráter ou o modo de ser. Deve repelir-se a teoria da culpabilidade pela conduta de vida ou a culpabilidade pelo caráter. Este princípio se liga com o da legalidade e a exigência de tipicidade dos delitos;

c) a exigência de imputação objetiva do resultado lesivo a uma conduta do sujeito (nexo de causalidade);

d) a exigência de dolo ou culpa (imputação subjetiva). Não há a responsabilidade objetiva;

e) a necessidade de culpabilidade em sentido estrito, que exige a imputabilidade do sujeito, a possibilidade de conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Relação entre antijuridicidade e culpabilidade em sentido amplo: os pressupostos da antijuridicidade se distinguem dos da culpabilidade em sentido estrito. Mas exigências do princípio da culpabilidade em sentido amplo foram aqui consideradas uma série de pressupostos que condicionam a antijuridicidade. Assim, a conduta humana é a base do injusto, mas também condiciona a possibilidade de considerar-se a alguém como culpável em sentido amplo da lesão ou perigo de lesão que motiva a pena. O mesmo sucede com a exigência do nexo de causalidade (imputação objetiva) que condiciona a tipicidade penal e também a possibilidade de "culpar" o sujeito da lesão ou perigo de lesão. Finalmente também a imputação subjetiva (dolo ou culpa) que se liga ao tipo e à culpabilidade em sentido amplo.

Quando dizemos que um elemento do injusto pode condicionar também a culpabilidade em sentido amplo, estamos pensando

na possibilidade de culpar o sujeito pela lesão ou perigo de lesão material.

Ao contrário, quando falamos de culpabilidade em sentido estrito, pensamos na possibilidade de culpar o sujeito pelo fato antijurídico.

A razão última da pena é a vontade de evitar lesões de bens jurídicos e, em consequência, aquelas condutas antijurídicas que a propiciam. Não se castiga a culpabilidade, mas sim o ataque antijurídico a um bem jurídico. O que ocorre é que somente pode castigar-se o autor deste ataque se lhe são atribuídas as condições que permitem afirmar sua culpabilidade.

É necessário que o fato não seja apenas obra objetiva e subjetiva do autor, mas também obra dele enquanto sujeito dotado de um determinado nível de racionalidade. Assim, não se pode dizer que o fato voluntariamente cometido por um inimputável não seja obra sua mas, mesmo assim, existe acordo em que tão pouco se pode imputá-lo.

Dessa forma, surge a questão: qual o fundamento da irresponsabilidade de quem atua sem culpabilidade em sentido estrito, como sucede com o inimputável ou quem atua sob uma causa de exclusão da culpabilidade? Porque há de exigir-se a mencionada racionalidade do fato para que seja punível?

Uma resposta seria que quem realiza o fato antijurídico sem culpabilidade em sentido estrito não pode responder penalmente porque atua sem liberdade e o fundamento da responsabilidade penal é o livre arbítrio (poder atuar de outra forma).

Essa construção oferece inconvenientes: por um lado, não pode ser admitida por quem estima que o conceito do livre arbítrio não é manejado cientificamente porque encerra uma suposição metafísica indemonstrável e que, portanto, não pode ser utilizada para servir de fundamento da responsabilidade penal. Por outro lado, tampouco quem acredita válido o conceito de livre arbítrio há de admitir necessariamente que os inimputáveis careçam de liberdade de vontade. Dessa maneira, a razão pela qual o inimputável não deve responder penalmente não pode buscar-se na inexistência naquele do livre arbítrio.

Desde uma concepção da pena como instrumento de prevenção dos delitos se propôs outra possível fundamentação para as causas que excluem a culpabilidade. Estas causas contemplariam aqueles casos em que pese ser antijurídico o fato realizado, não existe necessidade de pena frente ao seu autor. A culpabilidade faltaria, pois, àqueles sujeitos frente aos quais não houve necessidade de pena. O inimputável seria na realidade um sujeito não motivável pelas normas. No entanto, também não é correto afirmar-se que os inimputáveis não sejam motivados normativamente.

Pode de algum modo a norma motivar o inimputável, pese a sua falta de culpabilidade. Mas, ainda que o enfermo mental, como todo inimputável, não deixe de ser totalmente motivado pela norma, sua decisão não se pode considerar produto de um processo de motivação normal. No inimputável concorrem certas condições mentais que diminuem o limite do que pode considerar-se normal dentre as possibilidades de que dispõe o sujeito *a priori* para atender à chamada da norma. Os inimputáveis não podem compreender suficientemente o sentido do alcance da ameaça penal. A possibilidade de motivação anormal que subsiste não poderia, por isso, ser tomada como base para castigar o inimputável num Estado Social e Democrático de Direito. Um tal Estado impõe limitar a função preventiva com base no modelo democrático no grau de exigibilidade que a sociedade considera tolerável sob o prisma da capacidade de resistência do homem normal frente à tentação de delinquir e nos limites da exigência de igualdade dos cidadãos. O limite máximo do punível num direito democrático, que intenta responder às expectativas do homem normal, isto é, da coletividade à que se dirige, é o exigível a dito homem normal. Tratar aos inimputáveis como normais desconhecendo que carecem de uma capacidade normal para atender à chamada da norma violaria o princípio da igualdade perante a lei. O mesmo vale para explicar a necessidade de deixar sem castigo aos que atuam sob causa de exclusão da culpabilidade.

O imputável deve ser tratado ao nível da sua conduta privada e social como uma pessoa capaz de uma atuação livre e responsável. E isto não só para corresponder às exigências da Lei Fundamental e à consciência humana da liberdade como realidade social e física indiscutível, mas também porque nenhuma ordem jurídica que reconheça a dignidade humana e o princípio da igualdade pode dispor de outro modo.

É preciso reconhecer que a ausência do escândalo social ante a exclusão da culpabilidade se deve precisamente à que a sociedade compartilhe do critério político-criminal segundo o qual não é lícito castigar a quem não atua em condições de uma motivação normal.

Quando nos referimos à culpabilidade, este conceito deve ter exclusivamente uma função de promoção da liberdade e de restrição do poder punitivo estatal, mas em parte alguma serve para fins repressivos como fundamento de uma retribuição da culpa, uma vez que uma retribuição desvinculada de finalidades preventivas carece de sentido.

O princípio da culpabilidade significa que a pena criminal deve somente fundar-se na constatação de que pode imputar-se o fato ao seu autor. Deste princípio se depreende:

- a) que toda pena supõe culpabilidade, de modo que não pode ser castigado quem atua sem culpabilidade;
- b) que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade é de ordem constitucional (*nulla poena sine culpa*). O Código Penal Brasileiro contém expressamente o princípio de culpabilidade no artigo 59, ainda que mediante uma fórmula um pouco equivocada, segundo a qual a culpabilidade é somente base da fixação da pena. O princípio da culpabilidade serve, antes de tudo, à necessária proteção do delinquente frente a toda extralimitação do Estado que exerça uma ação repressiva.

A pena pressupõe culpabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade. Com o juízo de desvalor da culpabilidade se reprova o autor por não haver se comportado conforme o Direito, por não haver se decidido pelo Direito, quando podia comportar-se conforme o Direito, quando havia podido decidir-se pelo Direito.

Consequência que deriva do princípio da culpabilidade para o limite máximo da pena: o fim preventivo não pode levar a ultrapassar a pena justa.

O princípio da culpabilidade se mantém de forma geral na prática dos Tribunais do mundo inteiro. Isso nos mostra que não se trata de uma questão teórica, que pode ser decidida desta ou de outra forma, senão do único caminho da Política Criminal que se pode seguir em todos os sistemas políticos, se se quer resolver os problemas práticos da Justiça Penal em concordância com as convicções valorativas da coletividade.

Enquanto que a função fundamentadora e limitadora da pena pelo princípio da culpabilidade se tem fora de dúvida, a questão que se tem é até que ponto a pena pode ser atenuada por debaixo da medida de culpabilidade por razões de prevenção especial. Se a pena há de ser a compensação da culpável violação do Direito, porque somente assim pode se alcançar de forma justa o fim de proteção da sociedade, deve manter-se uma adequada proporção entre o conteúdo da culpabilidade e a medida da pena, impedindo uma redução excessiva da pena, de modo que, por exemplo, a um crime deve ser imposta a pena ainda que o autor se haja integrado por completo na sociedade?

A resposta afirmativa, impedindo a redução da pena abaixo da medida de culpabilidade, não é satisfatória do ponto de vista político-criminal.

A expressão "a culpabilidade como fundamento da pena" deve ser entendida no sentido de que o marco para a determinação da pena concreta se forma pela culpabilidade e por considerações

preventivas, pois se deve ter em conta os efeitos da pena para a vida futura do delinqüente.

A função limitadora da culpabilidade proíbe que se possa impor por razões de prevenção especial uma pena superior àquela que permite o marco da culpabilidade. Mas este mesmo marco pode ser completado com critérios preventivos especiais e é criminologicamente desejável, é juridicamente admissível impor uma pena, orientada pela prevenção especial, inferior àquela que corresponderia pela culpabilidade.

Isto não significa, não obstante, que em tais casos já não se determine a medida da pena pela culpa, mas pelo seu efeito de prevenção, porque o que sucede é que, para evitar consequências nocivas ao nível da prevenção especial, se renuncia em parte à pena realmente merecida.

Uma medida exata da pena que corresponda ao grau de culpabilidade não só é impossível de se conhecer, como não existe em absoluto. Não se pode somente com a ajuda da culpabilidade alcançar-se uma pena exata. Se se renuncia às finalidades preventivas, então a magnitude concreta da pena dentro do marco da culpabilidade, só se pode fixar arbitrariamente.

Não é verdadeira a suposição de que a concessão de atenuações desejadas por razões de prevenção especial teriam de se realizar à custa de desvantagens para a prevenção geral.

Não se pode prescindir da prevenção geral porque é o fim da pena que realiza a missão do Direito Penal como protetor de um ordenamento jurídico e pacífico.

A idéia de defesa do Direito determina os limites dentro dos quais podem ser levados em conta considerações de prevenção especial no marco da retribuição da culpabilidade. A prevenção especial tem uma missão a cumprir, cujo abandono por um princípio da pena adequada à culpabilidade não pode satisfazer do ponto de vista político criminal.